

PROCESSO	- A. I. N° 281066.0012/21-8
RECORRENTE	- LOJAS AMERICANAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0136-02/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 19.11.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0272-11/24-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS; **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme previsto nos acordos interestaduais específicos, que tratam do regime de substituição tributária aplicável às operações interestaduais, cabe ao estabelecimento remetente atacadista, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST. Constatada que os produtos arrolados estão sujeitos à substituição tributária. As razões de defesa não elidiram a infração. Afastada a preliminar de nulidade. Indeferidos os pedidos de diligência e perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal n° 0136-02/22, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 46.749,29 pelo cometimento de duas infrações no período de 2019.

INFRAÇÃO 01 – 008.035.002. *Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$ 20.789,08, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.*

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 295 do RICMS/2012.

As autuantes informam que o contribuinte “Efetuou a retenção a menor do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.01, sendo esta retenção prevista no Protocolo 53/17”.

INFRAÇÃO 02 – 008.035.003. *Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$ 25.960,21, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.*

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 295 do RICMS/2012.

As autuantes informam que o contribuinte “Deixou de efetuar a retenção do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.01, sendo esta retenção prevista no Protocolo 53/17”.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 44 a 52), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 87 a 92), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que após análise julgou Procedente, nos seguintes termos (Fls. 124 a 131):

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de duas infrações, tempestivamente impugnadas.

O sujeito passivo, sediado no município de Cabo de Santo Agostinho, no estado de Pernambuco é inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS na Bahia na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, conforme previsto no art. 5º do RICMS/2012.

O inicio da ação fiscal foi comunicado a autuada em 06/10/2021, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no dia anterior, fl. 08.

A notificação da lavratura do Auto de Infração com a consequente intimação para quitação do débito ou apresentação de defesa, ocorreu através, também do DT-e, conforme mensagem postada em 13/12/2021, lida no mesmo dia, fls. 27 e 28.

Às fls. 10 a 23, constam apensados na forma impressa os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam as acusações e apuraram o valor das exações, elaborados pelas autuantes de forma clara e precisa, contendo todos os elementos necessários à perfeita cognição da infração.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento argumentando que (i) a infração se baseia numa citação genérica do art. 10 da Lei nº 7.014/96 e do Protocolo ICMS 11/91, não havendo qualquer menção às cláusulas para formação do raciocínio utilizado pelo Fiscal para a conclusão do recolhimento a menor; (ii) houve supressão da segurança jurídica e do direito de defesa, em razão de não ser possível, apenas observando os elementos contidos no lançamento, presumir a sua fundamentação.

Argui ainda, para justificar a nulidade pretendida, que ficou impossibilitada de identificar com clareza contra qual imputação deve se defender, vez que as infrações têm como base enquadramento legal genérico.

Contrariando a tese defensiva, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Lembro que o RPAF/99, prevê no seu art. 19 que: “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

No caso em análise, as autuantes descreveram de forma exaustiva e clara as ocorrências que justificaram a autuação, tanto assim, que a defesa, ao abordar o mérito, demonstrou perfeita compreensão da acusação, contestou a infração de forma objetiva, inclusive discutindo os dispositivos legais citados pelas autuantes, as quais adjetivou de genéricos, fato que demonstra no mínimo uma contradição entre os argumentos defensivos e o comportamento da autuada.

Destarte, rejeito as arguições de nulidade.

Com fundamento no art. 147, inc. II, alínea “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de prova pericial, por considerar desnecessária em vista de outras provas produzidas e também nego o pedido de diligência com base no citado artigo, inc. I, alínea “a”, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

A defesa ao requerer a perícia, justifica que a mesma se prestaria a comprovar o efetivo recolhimento dos valores do ICMS-ST referentes as notas fiscais arroladas no levantamento, que afirma terem sido efetivamente recolhidos e “tal prova se faz necessária para que sejam ratificados os recolhimentos realizados”.

Ressalto que os elementos de prova, nesse caso específico, estão em poder da autuada uma vez que, como bem relatou a defesa, o ICMS-ST recolhido engloba diversas operações, cujos cálculos do imposto são procedidos pelo Centro de Distribuição que também promove os recolhimentos do imposto.

Certamente, para que estes valores sejam recolhidos de forma correta, a empresa relaciona todas as notas fiscais contemplada em cada GNRE, constando na memória de cálculo do imposto, dentre outras informações, o número de cada documento fiscal, informação necessária e imprescindível para comprovar o efetivo recolhimento de determinado valor decorrente de determinada nota fiscal, pois, somente assim é possível vincular o recolhimento à nota fiscal.

Esta informação, repito, é de poder exclusivo do contribuinte uma vez que o Fisco ainda não dispõe de instrumentos capazes de registrar este dado em seus sistemas informatizados, pois, quando informado pelo contribuinte estes dados, se encontram no campo das Informações Complementares, campo de natureza descriptiva, não sendo, portanto, retida pelo sistema de registro da arrecadação.

Assim sendo, não pode a fiscalização promover uma perícia com o fim de proceder a requerida “análise detalhada e exaustiva da documentação fiscal de posse do Fisco que reflete todas as operações realizadas pela impugnante, objeto da autuação impugnada”, uma vez que estas informações estão, contrariamente ao

entendimento da defesa, de pose da autuada.

No mérito, as acusações dizem respeito à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, e recolhimento a menor do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referentes a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados na Bahia no exercício de 2019.

Imprescindível inicialmente mencionar o que está previsto nos artigos 8º, inc. II, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, *verbis*.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas. (...)

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

Por seu turno o RICMS/2012, determina no art. 298 que “Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento”.

As mercadorias arroladas no levantamento são mercadorias classificadas como produtos alimentícios relacionados no Anexo XVII do Convênio ICMS 142/18, portanto, corretamente arroladas nas infrações, tendo em vista a não observância das regras contidas no Protocolo ICMS 53/2017, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios relacionados no Anexo XVII do Convênio ICMS 142/18, que trata dos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS, com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes.

O Protocolo ICMS 53/2017, do qual os estados da Bahia e de Pernambuco, são signatários, estabelece na sua Cláusula primeira, cuja redação vigente à época dos fatos geradores, segue transcrita:

Cláusula primeira Os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, nos termos deste protocolo e do Convênio ICMS 142/18, de 14 de dezembro de 2018, acordam em adotar o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com bens e mercadorias, classificados nos Códigos Específicos da Substituição Tributária – CEST 17.031.01, 17.047.00, 17.049.00 a 17.053.02 e 17.056.00 a 17.064.00, relacionados no Anexo XVII do referido convênio.

Em consequência dos dispositivos acima reproduzidos, o estabelecimento autuado, na condição de contribuinte substituto, inscrito no cadastro de contribuintes do estado da Bahia, é o sujeito passivo do ICMS-ST nas operações com suas filiais situadas na Bahia.

Examinando os documentos trazidos pela defesa, fls. 60 a 83 frente e verso, assim como aqueles gravados no CD, fl. 84, constato que não restou comprovado o recolhimento do ICMS-ST referente às operações levantadas pelas autuantes, uma vez que não foi possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos recolhimentos efetuados, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pela autuada e os documentos de arrecadação apresentados.

A autuada ao apresentar as cópias dos comprovantes de recolhimentos e das GNRE's sem a comprovação da inclusão das notas fiscais arroladas no levantamento, informação que detém, repito, não permitiu a fiscalização estabelecer o necessário vínculo dos pagamentos do imposto com as notas fiscais relacionadas, portanto, não logrou êxito em sua defesa.

Quanto as questões relacionadas ao caráter confiscatório das multas e sua possível constitucionalidade, deixo de me manifestar sobre tais questionamentos, em razão dos órgãos administrativos julgadores não deterem competência para as apreciar, conforme prescrito no art. 167, inc. I do RPAF/99 e a teor do inc. III do mesmo artigo, não pede este órgão julgador negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, tendo em vista que as multas propostas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 141 a 146) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicia pedindo pela nulidade do lançamento, alegando cerceamento ao direito da ampla defesa e ao contraditório, alegando o disposto do Art. 142 do CTN que traz os requisitos indispensáveis à

lavratura do Auto de Infração, juntamente com o Art. 18 do RPAF/BA. Diz que, dessa forma, tanto o CTN quanto a própria legislação estadual foram claras ao exigir que a infração apurada seja expressamente indicada de forma precisa, inclusive com os elementos fáticos que a comprovem.

Isso porque as normas visam garantir que o contribuinte possa identificar a irregularidade da situação apontada e, consequentemente, a norma legal que porventura tenha infringido, viabilizando, assim, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, citando inclusive o doutrinador Hely Lopes Meirelles. Diz que tal ponderação é relevante e necessária com o fito de dar segurança jurídica, não só à recorrente, mas inclusive à Autoridade Fiscalizadora que mantém o dever legal de atuar dentro dos limites da lei, tal como preleciona o artigo 37 da Constituição da República.

Ocorre que, a Autoridade Fiscal lavrou a INFRAÇÃO 01 aduzindo que a Impugnante “*Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.*”, com base no artigo 10 da Lei nº 7.014/96 c/c artigo 295 do RICMS/BA e Protocolo ICMS 53/17; e a INFRAÇÃO 02 aduzindo que a Impugnante “*Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia*”, com base no artigo 10 da Lei nº 7.014/96 c/c artigo 295 do RICMS/BA e Protocolo ICMS 53/17;

Porém, cabe reiterar a transcrição dos artigos que diz em seu Art. 10 que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas. Já o Art. 295 do RICMS/BA, diz que nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas. Enquanto, que o PROTOCOLO ICMS 53/17 é omissivo.

Conforme é possível verificar tanto a INFRAÇÃO 01, quanto a 02 têm a citação genérica do artigo 10 da Lei nº 7.014/96 e do artigo 295 do Regulamento ICMS, que menciona sucintamente que a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico entre o Estado da Bahia e as unidades da Federação interessadas.

E o “acordo específico” seria o Protocolo ICMS 53/17, sobre o qual nada foi delimitado. Ou seja, em que pese a menção à Lei Estadual e ao Protocolo, não houve qualquer menção às cláusulas para formação do racional utilizado pelo Fiscal para a conclusão do recolhimento a menor.

O Fisco lavrou a autuação com mera referência a artigos de previsão genérica, sendo evidente que os elementos que compõem a Autuação são insuficientes para que a Impugnante, ora Recorrente, exerça o contraditório e o seu direito de defesa.

Resta clara a supressão da segurança jurídica e do direito de defesa da ora Recorrente, uma vez que esta não é, nem poderia ser, a responsável por fundamentar sua própria autuação.

Portanto, o Auto de Infração padece de vício material insanável, em razão de não ser possível à ora Recorrente, observando os elementos nele contidos, presumir a fundamentação do Auto de Infração.

Assim, diante da impossibilidade de a recorrente identificar com clareza o racional utilizado pelo Juízo para chegar à conclusão do recolhimento a menor, isto é, contra qual imputação deve se defender, vez que as infrações tem como base enquadramento legal genérico, revela-se flagrante o cerceamento de defesa, o que viola de uma só vez os mandamentos do artigo 39 do Decreto nº 7.629/1999 e do artigo 142 do CTN, bem como diversos princípios constitucionais, dentre eles os consagrados nos artigos 5º, LV e 37 da CF/88, maculando o Auto de Infração de nulidade insanável.

Mesmo que seja superada a nulidade arguida, o que se admite apenas para fins de argumentação, a autuação fiscal também não merece prosperar em seu mérito, ao menos quanto ao mérito que

presumiu estar sendo exigida pela fiscalização.

No mérito, fala da improcedência do lançamento, busca da verdade material e necessidade de perícia fiscal.

Diz a recorrente que é uma gigante do setor varejista, organizada, ainda assim, a decisão ora recorrida entendeu pela procedência do lançamento basicamente sob o fundamento de que não restou comprovado o recolhimento do ICMS-ST referente às operações levantadas pelas autuantes, face a impossibilidade de se estabelecer a vinculação entre as operações realizadas pela autuada e os documentos de arrecadação apresentados.

Todavia, a busca pela verdade material restou frustrada, vez que a Fiscalização lançou crédito tributário sobre operações que tiveram o respectivo imposto devidamente recolhido pelo Centro de Distribuição da Recorrente, que envia as mercadorias para comercialização em Loja no Estado da Bahia, pois como se sabe, a Recorrente é uma gigante do setor varejista, organizada sob a forma de “loja de departamentos”. Sua operação movimenta, diariamente, centenas de milhares de mercadorias em todo o País, as quais são distribuídas por uma sofisticada rede de logística, que conta com centros de distribuição regionais, alimentando lojas em todos os Estados da Federação.

Pelo que é possível concluir, a autuação tem como objeto a cobrança de ICMS-ST supostamente retido a menor e, consequentemente, recolhido a menor pelo Centro de Distribuição da Recorrente, localizado no Estado de Pernambuco, em operações de remessa de mercadorias decorrentes de vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Considerando que as mercadorias são sujeitas à sistemática da substituição tributária, como é sabido, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é do estabelecimento remetente, na qualidade de substituto tributário.

Em que pese o entendimento da Fiscalização, a Recorrente constatou que todo o tributo devido no período em referência (janeiro a dezembro/2019), foi devidamente recolhido pelo Centro de Distribuição localizado em Pernambuco, conforme conjunto probatório anexo.

Considerando o enquadramento legal genérico que fundamenta a autuação, a ausência das chaves de acesso das notas fiscais, bem como o gigantesco número de operações autuadas que envolvem o Centro de Distribuição e Lojas localizadas no Estado da Bahia, a Recorrente informa seu interesse na conversão em diligência ou realização de prova pericial técnico-contábil, caso inicialmente reste dúvida quanto ao efetivo recolhimento, vez que tal prova se faz necessária para que sejam ratificados os recolhimentos realizados pela Recorrente e indevidamente glosados pelo Fisco, mediante a análise detalhada e exaustiva da documentação fiscal de posse do Fisco que reflete todas as operações realizadas pela Recorrente, objeto da autuação impugnada.

A Recorrente PUGNA pela indicação posterior do seu assistente técnico e pela realização da perícia fiscal tendo como quesito principal e norteador a discriminação dos recolhimentos do ICMS-ST feitos pelo Centro de Distribuição da Recorrente referente às mercadorias autuadas que foram encaminhadas para mais de 15 CNPJS (Lojas no Estado da Bahia), haja vista a guia DAE consolidar todos os valores de todos os produtos sujeitos à sistemática ST encaminhados à Loja para comercialização.

Em razão do Fisco já possuir, via sistemas informatizados, a documentação que reflete as operações por ele tributadas, a Recorrente protesta, desde logo, caso necessário, a exibição de qualquer documentação necessária, que em face do excessivo volume foram apresentadas por amostragem.

Pugna, então, pela possibilidade de apresentação de novos documentos, acaso necessário, a fim de garantir o efetivo atendimento do princípio da verdade material, conforme exposto anteriormente.

Diante do exposto, pugna-se pelo provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que seja

reformada a decisão proferida pela Célula de Julgamento para preliminarmente, reconhecer a nulidade do lançamento, diante da impossibilidade de a Recorrente identificar com clareza contra qual imputação deve se defender, já que a infração tem como base enquadramento legal genérico, sendo flagrante o cerceamento de defesa e no mérito, reconhecer o devido recolhimento do imposto devido nas operações autuadas e, consequentemente, a total improcedência e a necessária desconstituição do presente Auto de Infração, em razão do flagrante equívoco cometido pela d. Autoridade Fazendária na análise dos fatos, ao presumir que a Recorrente teria deixado de recolher o devido imposto; e subsidiariamente, reconhecer que a multa aplicada não observa os princípios da legalidade, do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser cancelada, também por essa razão.

Reitera-se, ainda, o pedido de que seja determinada a conversão em diligência ou a realização de análise pericial técnica, a fim de comprovar os argumentos de fato e de direito expostos acima e requer que todas as intimações sejam endereçadas única e exclusivamente ao endereço de sua sede: Rua Sacadura Cabral, nº 102 – Saúde, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20.081-902.

Com base nas razões apresentadas pela Recorrente, considerando que não consta nos autos o atendimento as normas expostas pela Recorrente, e com nível de detalhe para que este julgador pudesse fazer sua análise, que em sede de julgamento, considerando as planilhas anexadas aos autos, na sessão realizada em 31/01/2024, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram remeter os autos à INFRAZ de origem, a fim de que sejam adotados os procedimentos a seguir:

Pelo Autuante:

- a) Verificar se o demonstrativo anexado aos autos juntamente com as GNREs elide a acusação fiscal, através do cotejo entre o valor apurado pelo fiscal, por nota e o valor recolhido pela Recorrente.
- b) Apresentar novos demonstrativos, se for o caso, com o novo valor devido.
- c) Entregar cópia dos documentos gerados pela diligência a Recorrente, contra recibo e conceder o prazo de **10 (dez) dias**, para que se manifeste, se assim desejar.

Atendidas as solicitações acima, ou processo deveria ser encaminhado ao CONSEF, para julgamento.

Em atendimento a diligência solicitada (Fls. 173/174) a autuante assim se manifestou “*Na análise feita no recurso apresentado, constatamos que o mesmo repete em sua maioria as alegações já detalhadas na defesa, inclusive percebemos que boa parte é cópia da defesa original. Verificamos que nenhum demonstrativo novo foi anexado, ficando assim como já esclarecido na informação fiscal, impossível fazer o batimento entre o valor cobrado no Auto de Infração e o valor recolhido pela recorrente.*

Assim, mais uma vez afirmo não me sentir capaz de determinar o efetivo pagamento. Constatamos ainda que o contribuinte teve todos os seus direitos de defesa acatados, contudo, até o presente momento não conseguiu comprovar o efetivo pagamento pelas destinatárias.

Após diligência, a autuada se manifestou (Fls. 188 a 194), dizendo que com a devida vênia, trata-se de manifestação completamente descabida. Primeiramente é evidente que não foram apresentados novos demonstrativos, uma vez que toda a documentação probatória, necessária para o melhor deslinde do feito ou está em posse da fiscalização ou já foi apresentada pela defesa. Não por outra razão, a diligência foi direcionada exclusivamente à Fiscal Autuante.

Diz também que nesse sentido dizer que é impossível fazer o cruzamento das informações, não merece prosperar, pois apresentou de forma bastante didática, que é possível fazer este batimento, cita exemplos nas fls. 190 a 191. Diz ser plenamente possível executar o procedimento a partir dos documentos acostados aos autos e o que se verifica é uma resistência injustificada da autuante em analisar as provas da defesa.

VOTO

Conforme já relatado, o presente Recurso Voluntário foi interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0136-02/22, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2021, com base no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 46.749,29 pelo cometimento de duas infrações no período de 2019.

A primeira infração foi lavrada pela retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$ 20.789,08, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, com base no Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 295 do RICMS/2012 e Protocolo 53/17.

Já a Infração 02 foi lavrada por deixar de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$ 25.960,21, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, com base no Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 295 do RICMS/2012 sendo esta retenção prevista no Protocolo ICMS 53/17.

Conforme se observa dos autos, as informações anexadas sustentam as acusações e apuraram o valor das exações, elaborados pelas autuantes de forma clara e precisa, contendo todos os elementos necessários à perfeita cognição da infração, portanto, não faz jus as argumentações da nulidade do lançamento sob a alegação que as infrações se baseiam numa citação genérica do art. 10 da Lei nº 7.014/96 e do Protocolo ICMS 11/91, não havendo qualquer menção às cláusulas para formação do raciocínio utilizado pelo Fiscal para a conclusão do recolhimento a menor e que houve supressão da segurança jurídica e do direito de defesa, em razão de não ser possível, apenas observando os elementos contidos no lançamento, presumir a sua fundamentação.

É possível observar que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. As infrações tipificadas se apresentam de forma clara, determinando com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos, sendo mantido o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, não vislumbrando qualquer vício ou falha que implique a nulidade o Auto de Infração.

Prevê o RPAF/99, em seu art. 19 que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Preliminar de nulidade rejeitada.

No mérito, quanto ao pedido de diligência ou perícia, nos termos do art. 147, inc. II, alínea “b” do RPAF/99, conforme já relatado, os autos foram remetidos em diligência ao autuante para verificar as razões apresentadas pela Recorrente, com o argumento de já haviam sido anexadas provas que poderia sanar as irregularidades.

A recorrente ao requerer a perícia sob a justificativa que comprovaria o efetivo recolhimento dos valores do ICMS-ST referentes as notas fiscais arroladas no levantamento, que afirma terem sido efetivamente recolhidos, trouxe por amostragem um exemplo de que as notas elencadas na autuação tiveram o imposto recolhido por GNRE.

Nos autos constam as GNRE's e os recolhimentos, entretanto, conforme se observa nos cálculos apresentados pela autuação, dentre outras informações, consta o número de cada documento fiscal, informação necessária e imprescindível para comprovar o cálculo e o efetivo recolhimento de determinado valor decorrente de determinada nota fiscal, vinculando o recolhimento à nota fiscal, que não corresponde ao valor calculado pela Recorrente, que no caso da Infração 01, foi

constatado recolhimento a menor.

A obrigatoriedade da retenção e recolhimento do imposto, devido por substituição tributária está previsto nos artigos 8º, inc. II, 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

...
Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas. (...)

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

O próprio RICMS/2012, em seu art. 298 diz que “*Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento*”.

Verifica-se que as mercadorias apontadas no levantamento fiscal são mercadorias classificadas como produtos alimentícios relacionados no Anexo XVII do Convênio ICMS 142/18, portanto, corretamente arroladas nas infrações, tendo em vista a não observância das regras contidas no Protocolo ICMS 53/2017, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos alimentícios relacionados no Anexo XVII do Convênio ICMS 142/18, que trata dos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS, com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes.

Já o Protocolo ICMS 53/2017, do qual os estados da Bahia e de Pernambuco, são signatários, estabelece na sua Cláusula primeira, cuja redação vigente à época dos fatos geradores, segue transcrita, trazia esta obrigatoriedade:

Cláusula primeira Os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, nos termos deste protocolo e do Convênio ICMS 142/18, de 14 de dezembro de 2018, acordam em adotar o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com bens e mercadorias, classificados nos Códigos Específicos da Substituição Tributária – CEST 17.031.01, 17.047.00, 17.049.00 a 17.053.02 e 17.056.00 a 17.064.00, relacionados no Anexo XVII do referido convênio.

Desta forma, na condição de contribuinte substituto, inscrito no cadastro de contribuintes do estado da Bahia, a Recorrente é o sujeito passivo do ICMS-ST nas operações com suas filiais situadas na Bahia.

Conforme citado anteriormente e também apontado pela JJF, os documentos trazidos pela defesa, fls. 60 a 83 frente e verso, assim como aqueles gravados no CD, fl. 84, não restou comprovado o recolhimento do ICMS-ST referente às operações levantadas pelas autuantes, uma vez que não foi possível confirmar as suas alegações, inclusive quanto aos recolhimentos efetuados, face à impossibilidade de se estabelecer qualquer vinculação entre as operações realizadas pela autuada e os documentos de arrecadação apresentados, no caso da Infração 02.

A autuada ao apresentar as cópias dos comprovantes de recolhimentos e das GNRE's, verificou-se que de fato houve recolhimento a menor no caso da Infração 01 e com relação à Infração 02, sem a comprovação da inclusão das notas fiscais arroladas no levantamento, o que impossibilita estabelecer a vinculação dos pagamentos do imposto com as notas fiscais relacionadas.

Quanto ao questionamento do caráter confiscatório das multas e sua eventual constitucionalidade, não compete a apreciação por este órgão julgador, tendo em vista estar fora de sua competência com base no art. 167, inc. I do RPAT/99 e a teor do inc. III do mesmo artigo, não pede este órgão julgador negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, tendo em vista que as multas propostas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida e inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281066.0012/21-8, lavrado contra LOJAS AMERICANAS S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 46.749,29, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS